



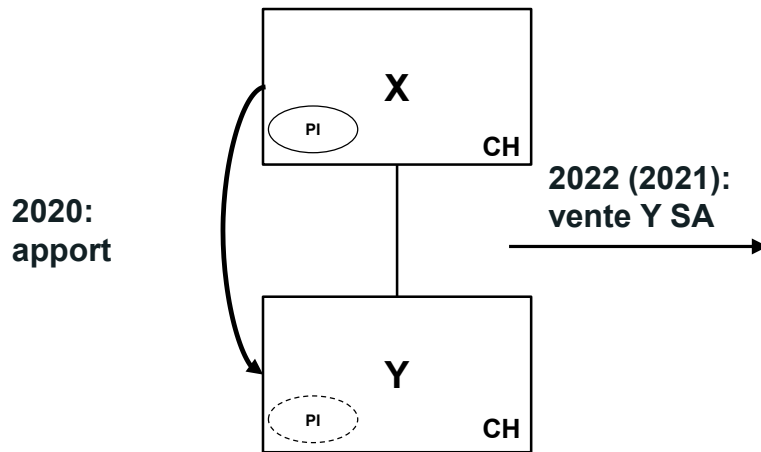
La nouvelle circulaire n° 5a de l'AFC concernant les restructurations: impôt anticipé et droits de timbre

Stefan Oesterhelt, Homburger
David Tschan, AFC



CONTENU	Page
Droit de timbre d'émission lors de la violation des délais de blocage	3
Transfert à une société du groupe à l'étranger	6
Vente au sein du groupe	9
Reverse Merger	13
Scission d'une société avec des RAC	15
Scission d'une société holding	18
Fusion d'émigration / scission d'émigration	22
Acquisition publique avec un SPAC	29
Questions liées à la transition	31

Droit de timbre d'émission lors de la violation des délais de blocage : état de fait



- En **2020**, X SA transfère les PI (VV : CHF 200 mio.) à sa filiale Y SA par le biais d'un apport en nature.
- «Scission horizontale» exonérée du **droit de timbre d'émission** en vertu de l'**art. 6 al. 1 let. a^{bis} LT**, étant donné que les PI sont des biens immobilisés d'exploitation selon l'art. 61 al. 1 let. d LIFD
- Un **ruling fiscal** approuvé (2020) précise qu'en cas de violation du **délai de blocage** au sens de l'art. 61 al. 2 LIFD, le droit de timbre d'émission est dû.
- En mars **2022** (variante 1: novembre 2021), Y SA est vendue à un tiers.
- Variante 2: en 2021 les PI sont vendues à un tiers.



Droit de timbre d'émission lors de la violation des délais de blocage : analyse

- **Chap. 4.4.1.3 cir. 5:** en cas de violation du délai de blocage prévu par l'art. 61 al. 2 LIFD, le droit de timbre d'émission est dû, calculé proportionnellement sur la valeur vénale de l'excédent d'actif transféré.
- **Cependant:** l'art. 6 al. 1 let. a^{bis} LT ne mentionne pas de délai de blocage et ne fait pas référence au délai de blocage de l'art. 61 al. 2 LIFD.
- C'est pourquoi: **aucune base légale** ne permet de prélever le droit de timbre d'émission lors de la violation du délai de blocage.
- **Chap. 4.4.1.4 cir. 5a:** « À défaut de base légale, aucun délai de blocage n'est applicable dans le cadre du droit de timbre d'émission. Par contre, en cas d'aliénation proche dans le temps des valeurs patrimoniales reprises par la société filiale (...) il convient d'examiner l'état de faits pour vérifier si on est en présence d'un cas de droit éludé ».

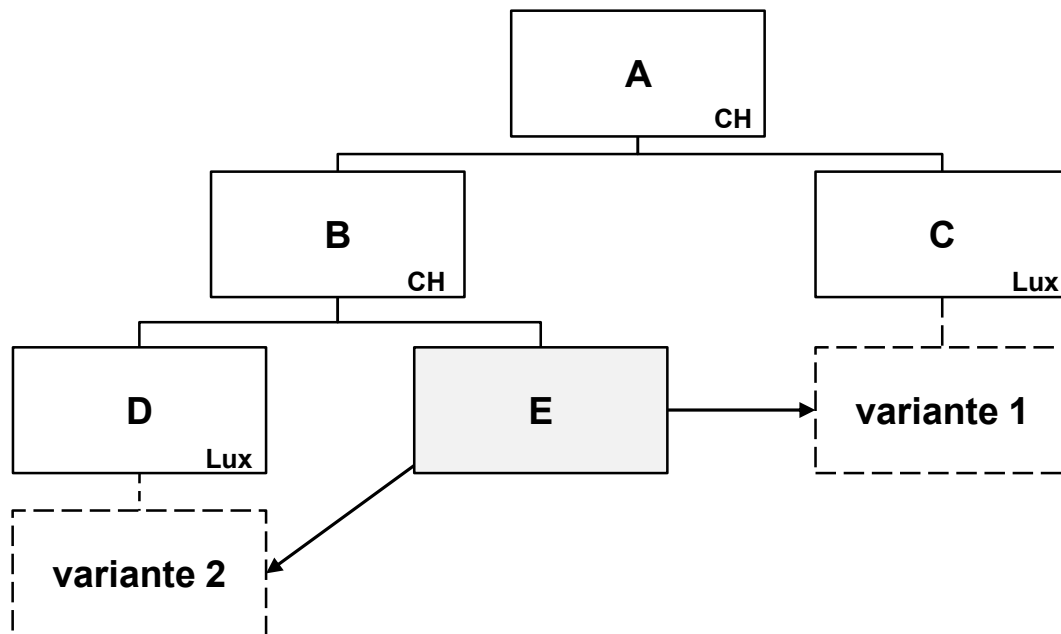


Droit de timbre d'émission lors de la violation des délais de blocage : analyse

- Même si la cir. 5a est publiée en 2022, ceci est déjà valable pour les transferts effectués précédemment (également si le contenu d'un ruling prévoit autre chose) (Variante 1).
- Par contre dans le cas d'une vente subséquente des PI (variante 2), l'état de fait doit être analysé selon le chap. 4.4.1.4 de la cir. 5a, c.-à-d., «si on est en présence d'un cas de droit éludé». (Point de vue Oesterhelt : L'analyse de l'AFC du point de vue de l'impôt éludé n'est pas nécessaire étant donné que les conditions de l'art. 61 al. 1 let. d LIFD ou l'art. 6 al. 1 let a^{bis} LT se sont pas remplies. Du point de vue de la société reprenante, les PI ne sont pas des biens «nécessaires à l'exploitation»).

Transfert à une société du groupe à l'étranger : état de fait

- Le groupe suisse A transfère en 2021 (Variante 1: 2020) une participation E détenue par sa société suisse B SA, à la valeur comptable, à sa société sœur C Sàrl domiciliée au Luxembourg.
- Variante 2: à la filiale étrangère de B SA (D Sàrl).





Transfert à une société du groupe à l'étranger : analyse impôt anticipé

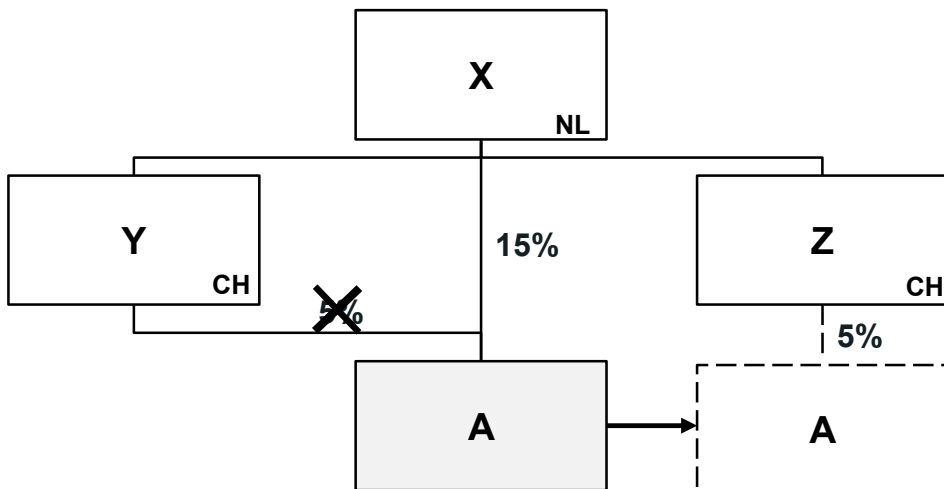
- **Chap. 4.5.3.2 cir. 5:** «Le transfert d'une participation à la valeur comptable, respectivement à la valeur déterminante pour l'impôt sur le bénéfice, à une société du groupe à l'étranger, est possible sans incidence fiscale en matière d'impôt anticipé, pour autant que la substance fiscale transférée imposable soit entièrement conservée auprès d'une société en Suisse. Tel est le cas lorsque la société du groupe à l'étranger est directement ou indirectement dominée par une société-mère suisse. »
- **Cir. 5a:** suppression du chap. 4.5.3.2 de la cir. 5.



Transfert à une société du groupe à l'étranger : analyse impôt anticipé

- La société B SA est appauvrie par le transfert de la participation à la valeur comptable à sa société sœur étrangère C Sàrl. Cette **prestation appréciable en argent** est soumise à l'impôt anticipé. La conservation indirecte de la substance fiscale soumise à l'impôt anticipé par l'intermédiaire de la société mère suisse A SA ne change rien au fait que les conditions de l'art. 5 al. 1 let. a LIA ne sont pas remplies (pas un transfert à une société **suisse**).
- Variante 1: application de la pratique avant la publication de la cir. 5a? Etant donné qu'aucune pratique ne s'est développée sur la base de la cir. 5, ceci serait possible en accord avec l'interprétation de la jurisprudence.
- Variante 2: La société B SA n'est pas appauvrie lors du transfert de la participation à sa filiale D Sàrl (démembrement de participation). **Pas de prestation appréciable en argent.**

Vente au sein du groupe : état de fait



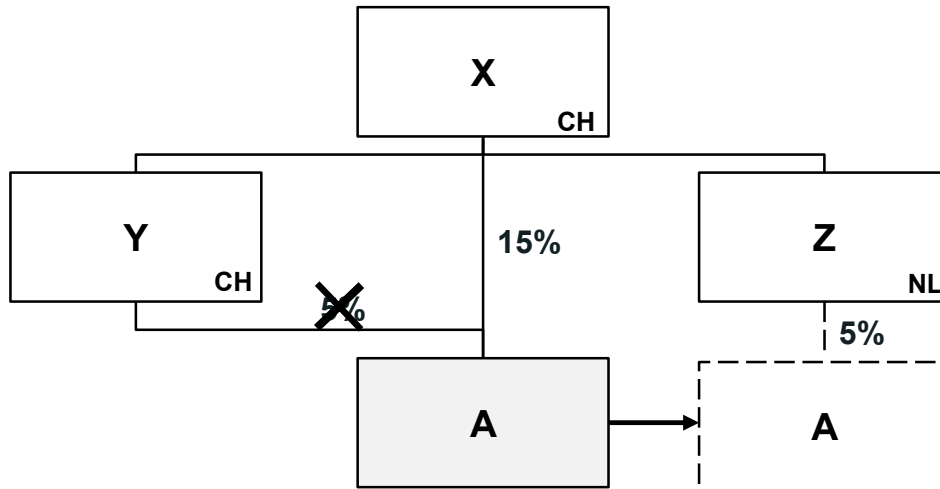
- Les sociétés suisses Y SA (= commerçante de titres) et Z SA sont détenues par la société X BV domiciliée en Hollande.
- A est détenue à 5% par Y SA et à 15% par X BV.
- Y SA vend la participation de 5% à la valeur vénale à Z SA.
- La vente est-elle soumise au droit de timbre de négociation?



Vente au sein du groupe : état de fait

- **Impôt sur le bénéfice:** en vertu de l'art. 61 al. 3 LIFD en lien avec le chap. 4.5.2.5 de la cir. 5, des participations de moins de 20% peuvent aussi être transférées entre deux sociétés suisses d'un groupe, sans incidence fiscale, lors d'une détention directe ou indirecte d'au moins 20%.
- **Droit de timbre de négociation:** selon l'art. 14 al. 1 let. j 1^{ème} partie LT, l'acquisition ou l'aliénation de documents imposables, en cas de restructurations au sens de l'art. 61 al. 3 LIFD, ne sont pas soumises au droit de timbre de négociation. Par analogie à l'impôt sur le bénéfice, cela s'applique également au transfert de participations inférieures à 20%, lors d'une détention directe ou indirecte d'au moins 20%. **Pas de droit de timbre de négociation.**

Vente au sein du groupe : état de fait

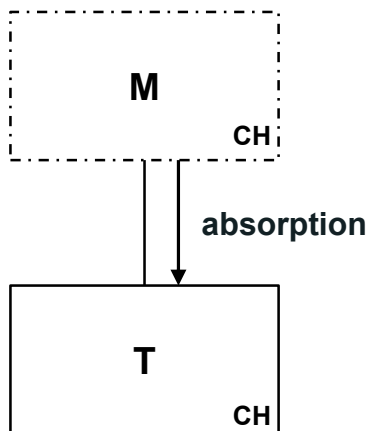


- La société suisse Y SA (= commerçante de titres) ainsi que la société Z BV sont détenues par la société suisse X SA.
- A est détenue à 5% par Y SA et à 15% par X SA.
- Y SA vend la participation de 5% à la valeur vénale à Z BV.
- La vente est-elle soumise au droit de timbre de négociation?

Vente au sein du groupe : analyse

- **Impôt sur le bénéfice:** malgré que la participation soit vendue à une société étrangère (Z BV), on peut invoquer l'art 61 al. 3 LIFD, étant donné que la société Z BV est détenue par une société suisse (X SA).
- **Droit de timbre de négociation:**
 - Point de vue de l'AFC: La société reprenante est une société étrangère. De ce fait, l'art. 14. al. 1 let. j 1^{ère} partie LT en lien avec l'art. 61 al. 3 LIFD n'est pas applicable. L'art. 61 al. 3 LIFD est invoqué pour l'impôt sur le bénéfice étant donné que Z est dominée par une société suisse. Ceci n'est pas relevant du point de vue du droit de timbre de négociation. D'autre part, l'art. 14 al. 1 let. j 2^{ème} partie LT exige un transfert de participation d'au moins 20%. Ce n'est pas le cas dans l'exemple présenté, le **droit de timbre de négociation** est ainsi dû.
 - Point de vue Oesterhelt: l'art. 14 al. 1 let. j 1^{ère} partie LT est lié au traitement de l'impôt sur le bénéfice. Si l'art. 61 al. 3 LIFD est invoqué pour l'impôt sur le bénéfice, alors on peut également se référer à l'art. 14 al. 1 let. j 1^{ère} partie LT. (principe du parallélisme des conséquences fiscales). Dans le cas d'espèce, l'art. 61 al. 3 LIFD s'applique pour l'impôt sur le bénéfice. **Pas de droit de timbre de négociation.**

Reverse Merger : état de fait



- La société suisse M SA est absorbée par sa filiale suisse T SA.
- Quelles sont les conséquences fiscales de la reverse merger du point de vue de l'impôt anticipé?

Bilan M SA (en MCHF)

AC	10	FE	34
T	15		
AI	20	CA	1
		Re	10

Bilan T SA (en MCHF)

AC	20	FE	39
AI	30	CA	1
		Re	10

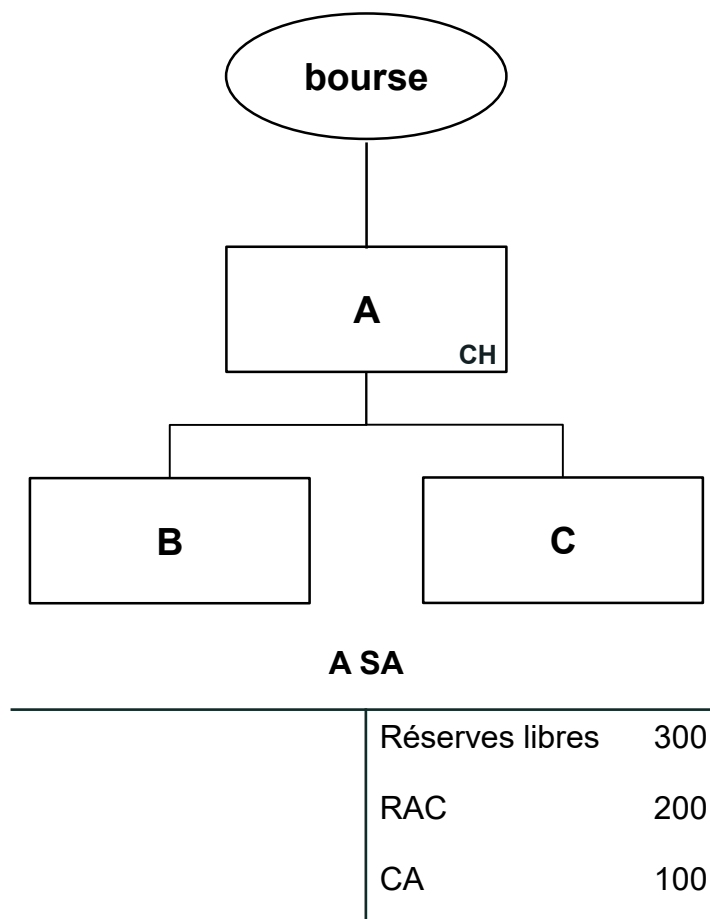


Reverse Merger : analyse

- Le **disagio de fusion** s'élève à CHF 4 mio. (FP M SA de CHF 11 mio. ./ la valeur comptable de T SA de CHF 15 mio.)
- **L'impôt anticipé** est dû sur les réserves qui disparaissent de **CHF 4 mio.** dans la société T SA (identique à la perte de fusion du point de vue de l'impôt anticipé lors d'une upstream merger).
- NB: Auparavant il existait l'opinion que l'impôt anticipé est dû sur la difference CA/RAC T SA ./ valeur comptable T SA)
- **Le bénéficiaire** est la société T SA (en temps que successeur légal de M SA), la procédure de déclaration est applicable en vertu de l'art. 26a OIA.

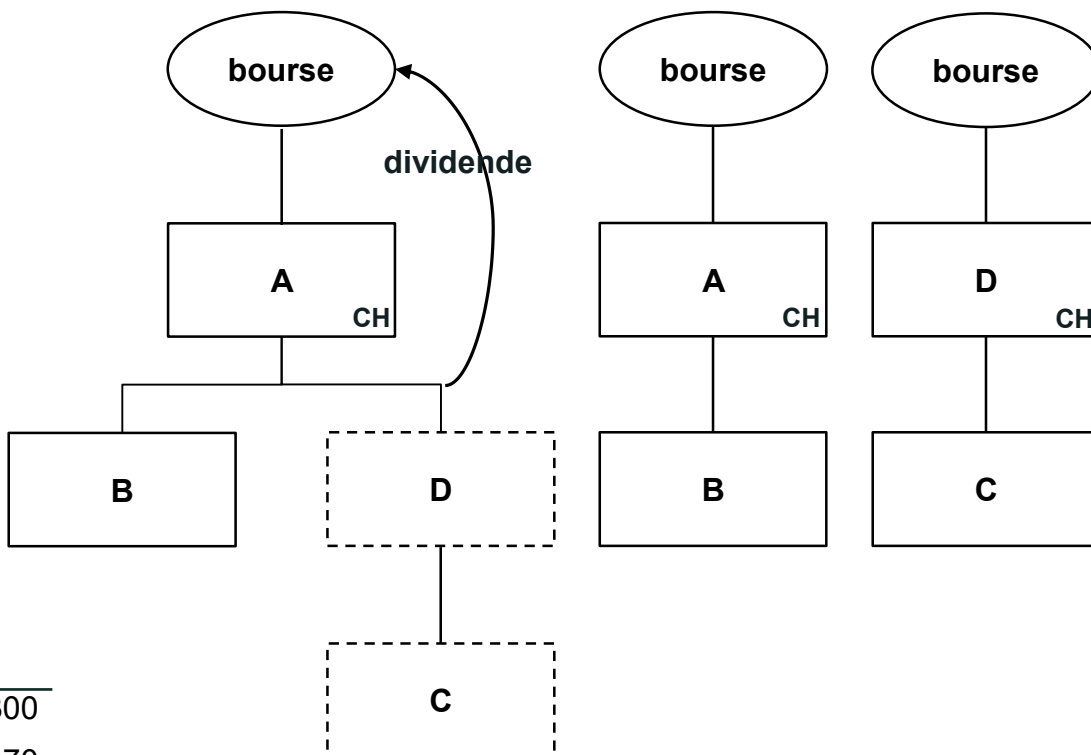
Scission d'une société avec des RAC : état de fait

- La société A SA cotée à la bourse SIX à un capital-actions de CHF 100 mio., des RAC de CHF 200 mio. ainsi que des autres réserves de CHF 300 mio.
- A SA possède deux filiales opérationnelles B SA et C SA.
- A SA aimerait scinder C SA et l'introduire en bourse.



Scission d'une société avec des RAC: état de fait

- La société D SA est ainsi constituée avec une valeur nominale de CHF 30 mio. Elle sera elle-même cotée en bourse.
- C SA est apportée dans D SA.
- D SA est distribuée aux actionnaires de A SA.
- Les RAC sont diminuées de CHF 30 mio. chez A SA.



A SA (après scission)

Réserves libres	300
RAC	170
CA	100

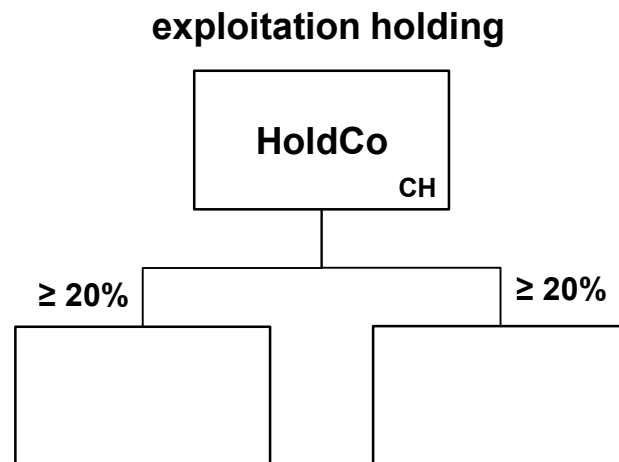


Scission d'une société avec des RAC: analyse

- L'émission d'**actions gratuites** chez D SA est une prestation appréciable en argent en vertu de l'art. 4 al. 1 let. b LIA
- **Seulement 50%** de la valeur nominale gratuite peut être **libérée par des RAC** (art. 5 al. 1^{sexies} LIA). Des prestations appréciables en argent soumises à l'impôt anticipé sont ainsi retenues sur CHF 15 mio. en vertu de l'art. 5 al. 1^{er} LIA.
- Variante: l'impôt anticipé pourrait-il être évité en **extournant des RAC en réserves libres** pour un montant de CHF 30 mio.?
Point de vue de l'AFC : plutôt non.

Scission d'une société holding: exploitation holding

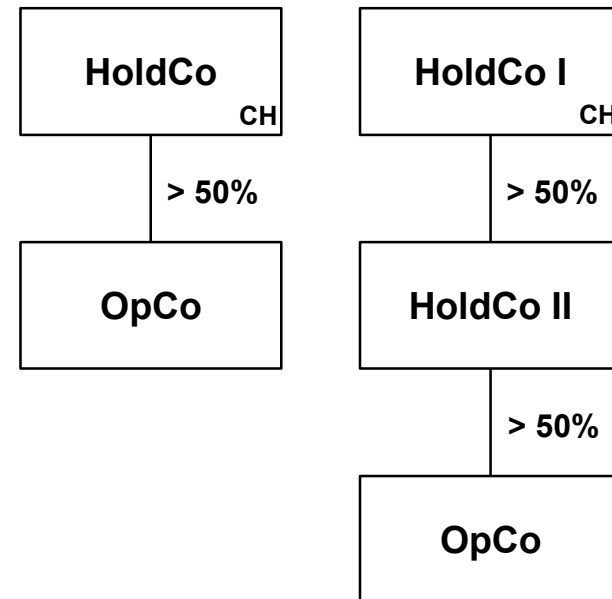
- Scission en vertu de l'art. 61 al.1 let. b LIFD : **exigence de double exploitation**
- **Cir. 5** : exploitation holding, pour chaque holding **deux participations de 20%** sont nécessaires (c.-à-d., au total quatre participations)
- **Cir. 5a** : pas de modification pour l'exploitation holding



Scission d'une société holding : exploitation opérationnelle

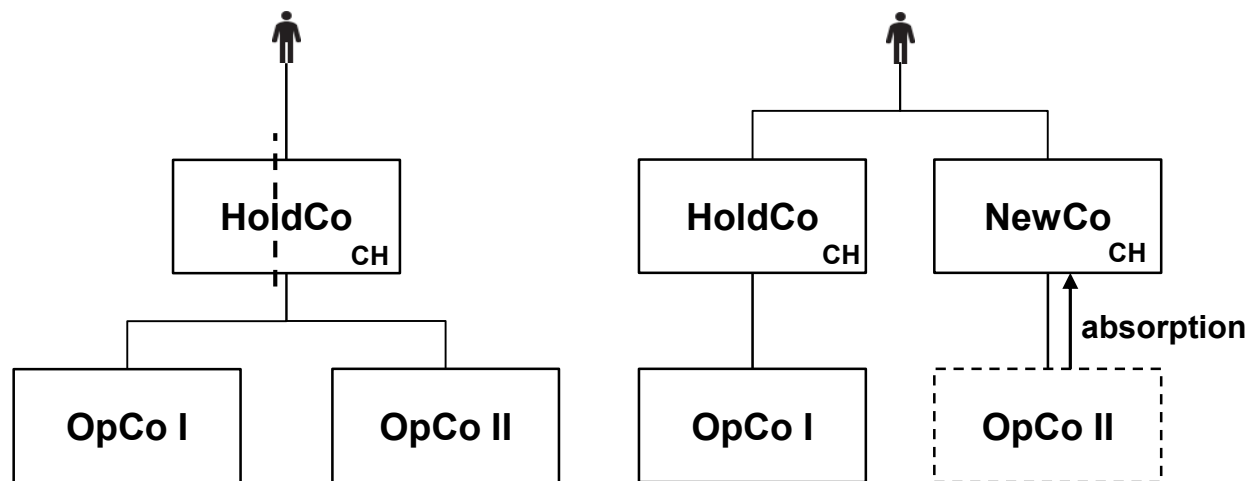
- **TAF du 11.3.2019** (2C_34/2018) **Principe de transparence** applicable au scission de société holding
- **Cir. 5a** : une exploitation opérationnelle est également acceptée comme alternative, lors de scission de société holding
- **Exploitation opérationnelle** : la majorité des votes (plus que 50%) dans la société opérationnelle (suisse ou étrangère) est nécessaire («principe de transparence»)
- Point de vue Oesterhelt : il y a une exploitation opérationnelle si 51% sont détenus dans la subholding, qui à son tour détient 51% dans l'exploitation opérationnelle

exploitation opérationnelle



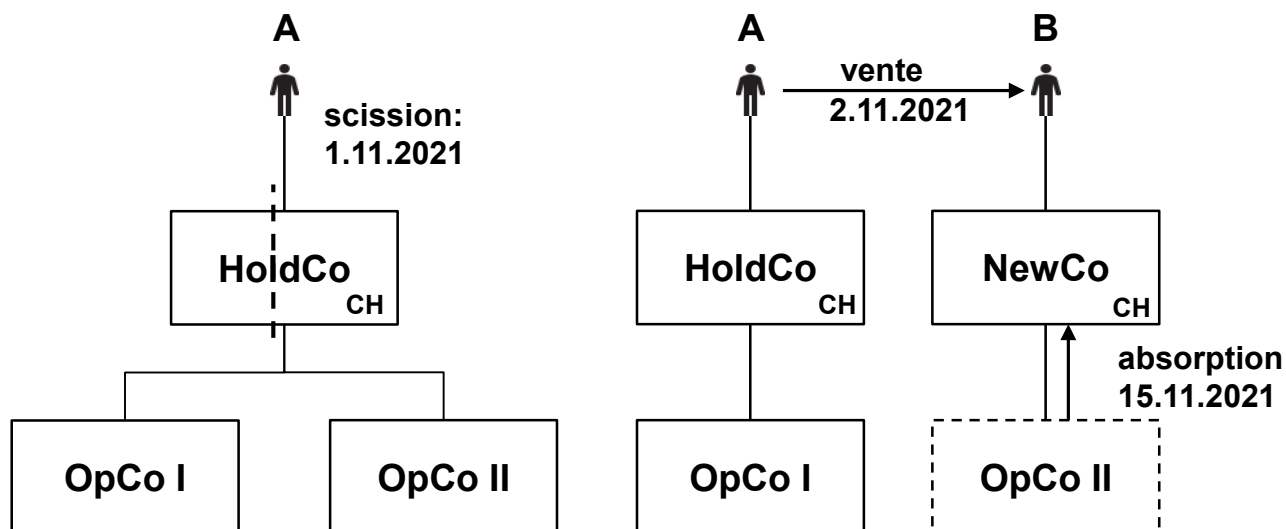
Scission d'une société holding : absorption subséquente

- Absorption subséquente de la filiale opérationnelle : requalification de la scission d'une société holding en dividende en nature en faveur de l'actionnaire.
- Estimation pour la notion «subséquente»: 2-3 années après la scission
- Conséquences fiscales : le dividende en nature est soumis à l'impôt anticipé, auprès de la société HoldCo, sur la valeur vénale de OpCo II; pas de droit de timbre d'émission.



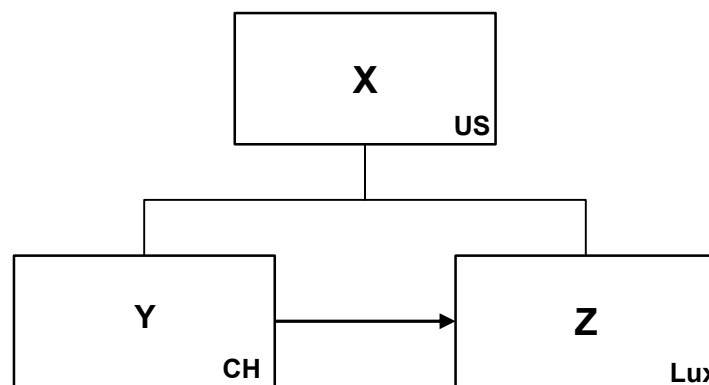
Scission d'une société holding : absorption subséquente

- L'absorption subséquente après la vente de la NewCo est en principe (c.-à-d., sans intervention de A et B) sans conséquence fiscale.
- De ce fait, NewCo est vendue le 2.11.2021 à B et OpCo II est absorbée par NewCo le 15.11.2021.
- Pas de conséquence sur la neutralité fiscale de la scission de HoldCo.



Fusion d'émigration

- La société suisse Y est absorbée par sa société sœur Z domiciliée au Luxembourg. Les deux sociétés sont détenues par une société mère X domiciliée aux USA.
- Y (CA/RAC: CHF 1 mio.) a une valeur vénale de CHF 11 mio.
- Quelles sont les conséquences fiscales du point de vue de l'impôt anticipé ?



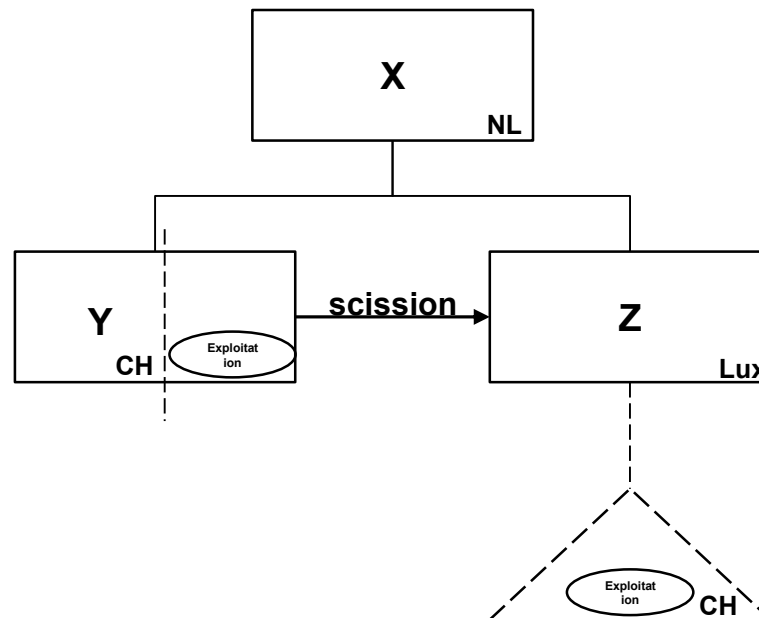


Fusion d'émigration

- Une fusion d'émigration au sens de l'impôt anticipé équivaut à une **liquidation totale**
- **Le bénéficiaire** de la prestation est l'actionnaire (X)
- **Cir. 5 chap. 4.1.2.4.2:** «Si l'impôt anticipé ne peut pas être transféré, l'excédent de liquidation est calculé selon la méthode dite „brut pour net“ (excédent de liquidation: 65%)»
- **Cir. 5a:** pas de «brut pour net». Impôt anticipé de 35% sur CHF 10 mio. (= CHF 3.5 mio et non pas CHF 5.38 mio.). Procédure de déclaration à hauteur de CHF 3 mio. sur la base de l'art. 10 DBA-USA.

Scission d'émigration

- La société suisse Y SA, filiale de la société hollandaise X BV, aimerait scinder une exploitation avec des fonds propres appropriés en faveur de sa société sœur Z Ltd domiciliée au Luxembourg. Z achète l'exploitation pour CHF 1 mio. (valeur vénale CHF 8 mio). L'exploitation poursuivra son activité comme établissement stable suisse de Z.
- Quelles sont les conséquences fiscales du point de vue de l'impôt anticipé ?





Scission d'émigration

- La différence entre la valeur vénale (CHF 8 Mio.) et le prix d'achat des valeurs patrimoniales transférées de Y à Z, représente une **prestation appréciable en argent** en vertu de l'art. 4 al. 1 let b LIA.
- Si les valeurs patrimoniales transférées correspondent à une «exploitation» et que Y poursuive son activité, nous sommes en présence d'une **scission** en vertu de l'**art. 61 al. 1 let b LIFD**. Les réserves latentes restent imposables en Suisse dans le cadre de la répartition internationale.
- Nous ne sommes pas en présence d'une restructuration en vertu de l'**art. 5 al. 1 let. a LIA** étant donné que les réserves, du point de vue de l'impôt anticipé, ne sont pas maintenues dans une société suisse.

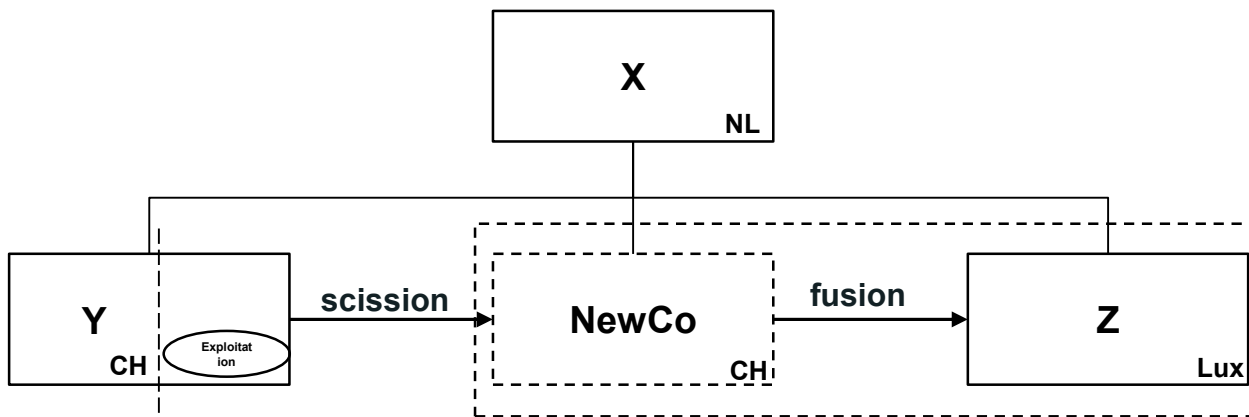


Scission d'émigration

- Z est - elle **bénéficiaire de la prestation** (socle de 15%, pas de procédure de déclaration) ou bien X (socle de 0%, procédure de déclaration) ?
- Le chap. 4.3.4.1 en lien avec le chap. 4.1.2.4.2 de la **cir. 5 du 1.6.2004** précise que le bénéficiaire est **X** (c.-à-d., **socle de 0%** et procédure de déclaration).
- La théorie du **bénéficiaire direct** s'applique bel et bien dans le cadre de la scission d'émigration – au contraire de la fusion d'émigration – étant donné que nous n'avons pas un équivalent à la liquidation. **Z** est ainsi **bénéficiaire de la prestation** (socle résiduel de **15%** selon l'art. 10 DBA-Luxembourg), comme lors du transfert d'une valeur patrimoniale unique.
- Selon l'art. 26a OIA en vigueur, **pas de procédure de déclaration applicable** (la référence directe à l'art. 20 al. 2 phrase 2 LIA est refusée).
- **Cir 5a** : le dernier paragraphe du Chap. 4.3.4.1 est supprimé.

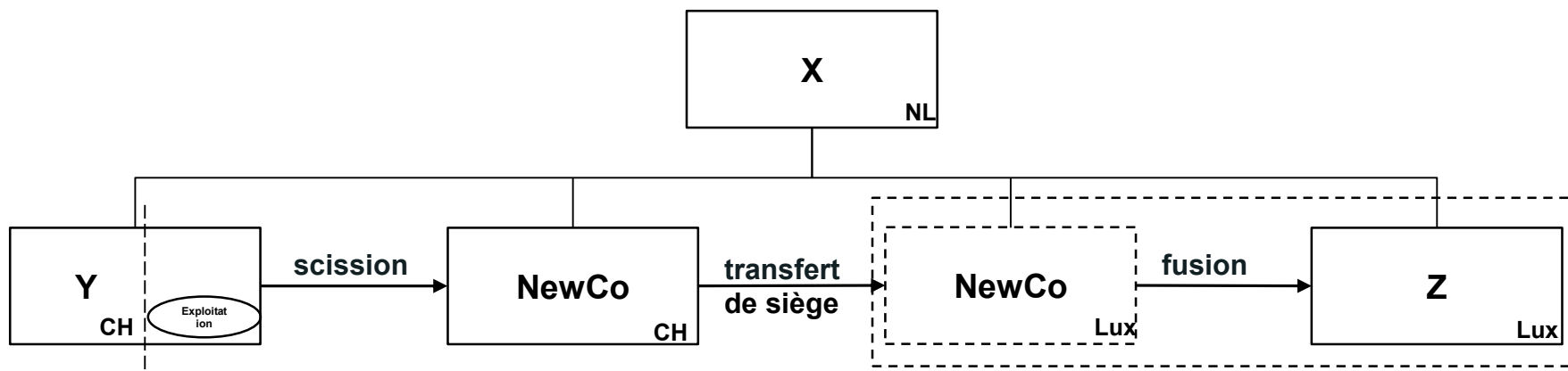
Scission d'émigration : variante 1

- Variante 1: scission avec ensuite une fusion d'émigration
- **Etape 1**: scission de l'exploitation en faveur de NewCo
- **Etape 2**: fusion de NewCo avec Z. L'actionnaire X est le bénéficiaire de la prestation (en raison d'un équivalent à la liquidation de NewCo).
- Analyse fiscale: socle de 0% et procédure de déclaration selon l'art. 10 al. 3 let. a DBA-NL.



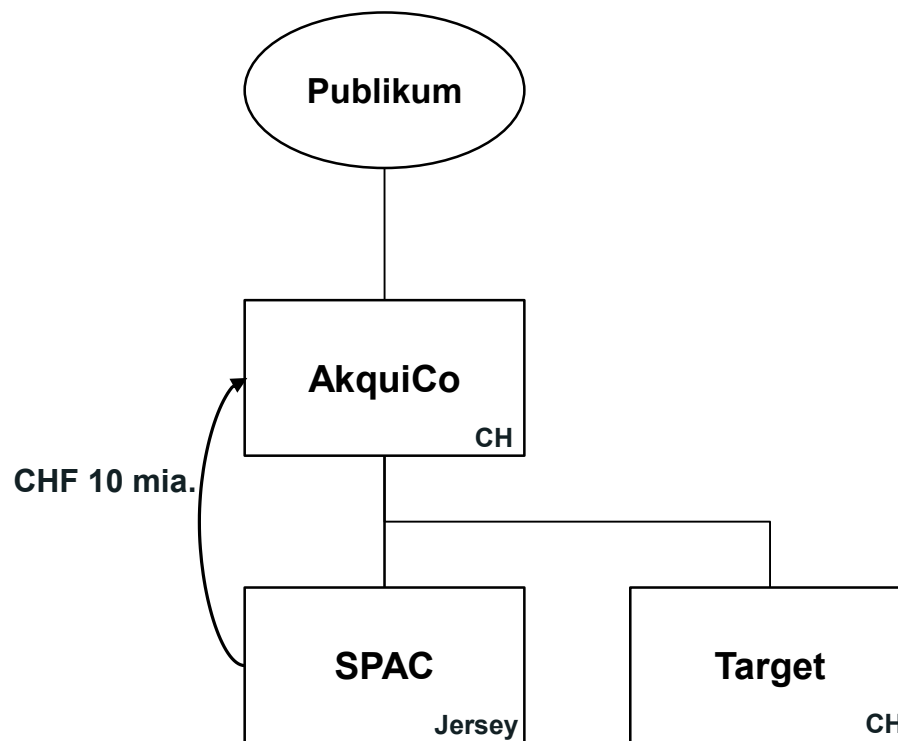
Scission d'émigration : variante 2

- Variante 2: scission avec ensuite un transfert de siège et une fusion au sein du pays
- **Etape 1**: scission de l'exploitation en faveur de NewCo
- **Etape 2**: transfert de siège
- **Etape 3**: fusion de NewCo avec Z. L'actionnaire X est le bénéficiaire de la prestation (en raison d'un équivalent à la liquidation de NewCo).
- Analyse fiscale: socle de 0% et procédure de déclaration selon l'art. 10 al. 3 let. a DBA-NL



Acquisition publique avec un SPAC

- Un SPAC de Jersey acquiert une société cible suisse (**Target**). Pour cela, le SPAC est apporté, en échange d'actions, à une nouvelle société d'acquisition (**AkquiCo**) cotée à la bourse SIX.
- Le SPAC dispose de CHF 10 mia. de liquidités.
- Comment l'opération est-elle analysée du point de vue du droit de timbre d'émission?





Acquisition publique avec un SPAC

- L'apport du SPAC contre l'émission d'actions de AkquiCo est soumis au droit de timbre d'émission (1% de CHF 9999 mio., soit presque CHF 100 moi.)
- Nous ne sommes pas en présence d'une quasi-fusion car le SPAC détient seulement des liquidités. Une quasi-fusion demande l'apport d'une société active.



Questions liées à la transition

- **Les modifications de la pratique de l'AFC en faveur** des contribuables, qui ne se basent pas sur une modification de la loi, seront appliquées sur toutes les procédures de taxation encore ouvertes.
- **Les modifications de la pratique de l'AFC en défaveur** des contribuables, seront appliquées, en règle générale, à partir de la publication de la cir. 5a. Cependant: les contribuables ne peuvent se baser sur la cir. 5 pour invoquer le principe de la bonne foi, que (i) si un ruling a été signé dans le cas d'espèce, ou (ii) si une pratique non conforme à la loi s'est développée (TAF 16.12.2019, 2C_209/2017; TAF 12.6.2018, 2C_199/2017). Une telle pratique ne s'est pas développée par exemple dans l'application du chap. 4.5.3.2 (transfert à une société du groupe à l'étranger) ou du chap. 4.3.4.1 de la cir. 5 (scission d'émigration), à cause du manque de cas pratiques.



- Parution 2^{ème} édition: mars 2022
- Révision complète de tous les chapitres
- Familiarisation avec la cir. 5a





**Merci de
votre attention**

- questions**
- remarques**